

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DU

Droit des Patresfamilias

A ROME

SUR LE

MARIAGE DE LEURS ENFANTS

PAR

René LAËNNEC

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 19 juin 1899, à 10 heures

Président : M. LEFEBVRE, professeur

Suffragants { MM. GIRARD }
 { CHENON } *professeurs*

SAINT-AMAND (CHER)

Imprimerie Scientifique et Littéraire
BUSSIÈRE Frères

1899

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU

Droit des Patresfamilias

A ROME

SUR LE

MARIAGE DE LEURS ENFANTS

PAR

René LAËNNEC

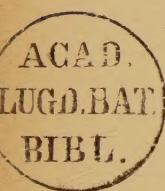
AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 19 juin 1899, à 10 heures

Président : M. LEFEBVRE, professeur

Suffragants { MM. GIRARD }
 CHÉNON } *professeurs*



SAINT-AMAND (CHER)

Imprimerie Scientifique et Littéraire
BUSSIÈRE Frères

1899

MEIS ET AMICIS

DU
DROIT DES PATRESFAMILIAS
A ROME
SUR
LE MARIAGE DE LEURS ENFANTS

INTRODUCTION

CARACTÈRES ESSENTIELS DU MARIAGE EN DROIT FRANÇAIS

Avant d'aborder le sujet que nous nous sommes proposé de traiter, et avant d'entrer dans la législation Romaine, nous voudrions caractériser en quelques traits l'esprit du droit matrimonial moderne. Cette méthode nous permettra de mettre en opposition les principes de notre législation avec celle du droit Romain sur notre question. Elle fera saisir d'une façon plus vive cette partie intéressante des droits de famille et montrera l'abîme qui sépare les deux législations. L'influence du droit Romain qui a été si prépon-

dérante dans tout ce qui a trait aux obligations et d'une façon générale dans tout ce qui a trait au patrimoine a trouvé ici une tradition plusieurs fois séculaire que la législation canonique avait introduite dans nos pays de coutume. Ce sont dans les grandes lignes ces principes du christianisme qui sont encore la base du droit matrimonial moderne.

Quelles sont les idées essentielles qui se dégagent de nos lois et de nos mœurs en matière de mariage? C'est ce que nous allons esquisser rapidement.

Le mariage est un acte solennel qui nécessite l'intervention des pouvoirs publics (officier de l'Etat civil) la présence des parties assistées de témoins à la maison commune. Il a du être précédé de publications destinées à faire connaître aux tiers, la nouvelle situation des contractants. Elles permettront en même temps aux ayants droit qui verraient un obstacle à l'union projetée à y mettre opposition. Sans ces différentes prescriptions qui constituent la publicité du mariage, il n'y aurait pas d'union légitime, il n'y aurait qu'une apparence qui ne produirait aucun des effets attachés à l'association conjugale.

Supposons maintenant le mariage valablement contracté, l'effet principal du nouvel état des

époux est de leur donner légalement une indépendance absolue vis-à-vis de leur famille respective. Le mariage les émancipe, s'ils sont mineurs. « Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage, dit l'article 476. » Nulle influence ne peut faire échec à ce principe, aucune cause ne peut permettre aux pères des époux de s'immiscer dans le ménage pour y faire prédominer leurs volontés. Un nouveau noyau familial s'est formé complètement indépendant et ayant un but déterminé. Le mariage va former une association étroite et profonde la plus caractérisée de nos institutions, dont les statuts sont légaux et impératifs. Ce sera une association complète, quant à leur personne, leur patrimoine et leurs enfants. Chaque associé aura une mission à remplir. Au mari incombera le soin de diriger la société domestique en raison de sa supériorité physique et intellectuelle. La femme, son égale et associée subordonnée, le remplacera en cas d'absence, ou d'empêchement. Tels sont les principes généraux qui dominent notre législation, telles sont aussi les données naturelles proclamées d'une façon si frappante et si concise dans ces courtes paroles évangéliques : *Erunt duo in carne una*, — *Vir caput mulieris* ; — *Mulier adiutorium simile sibi*.

Reprenons cette idée d'indépendance que crée l'union conjugale et voyons-en les conséquences par rapport à la puissance paternelle. Occupons-nous d'abord de la conclusion du mariage. L'enfant doit, s'il est mineur, quant au mariage, avoir le consentement de ses père et mère. Les parents sont placés l'un et l'autre dans la même situation d'égalité. Ce n'est qu'en cas de dissentiment que le consentement du père suffit. Lorsque l'enfant atteint sa majorité matrimoniale (21 ans pour la fille, 25 pour le fils), il peut briser l'opposition de ses parents par des notifications dont le nombre varie suivant l'âge et appelées actes respectueux ou sommations respectueuses. Le mariage une fois contracté, la puissance paternelle est éteinte, il existe un foyer nouveau qui constituera une famille au sens moderne du mot. Est-ce à dire que le législateur aurait méconnu les principes immuables de respect filial qui doivent dominer tous les droits de famille ? Il n'en est rien et c'est pour cette raison qu'il a voulu inscrire en tête du titre de la puissance paternelle, comme pour montrer l'esprit dont il s'inspire : « L'Enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère. » Il ne faudrait pourtant pas tirer de cet aphorisme des conséquences juridiques, c'est un précepte de pure morale. Il est certain par exemple que rien n'em-

pêcherait un fils de poursuivre son père devant les tribunaux. Hormis certains droits qui leur sont communs avec d'autres parents, comme le droit de provoquer l'interdiction, celui de demander des aliments lorsqu'ils sont dans le besoin, le droit à une réserve dans la succession de leurs enfants, les pères de famille sont légalement dans la même situation qu'un tiers après le mariage de leurs enfants. Nous disons à dessein légalement, car il est bien évident que la reconnaissance et la piété filiale mettent un terme à ce que cette règle pourrait avoir d'excessif.

La puissance paternelle une fois éteinte par le mariage des enfants ne peut plus revivre. L'Emancipation pourrait être retirée à un mineur et il retomberait alors sous l'autorité paternelle. Mais les fils ou les filles mariés deviendraient-ils veufs ou veuves, leur union serait-elle dissoute par le divorce, la puissance paternelle ne revivrait pas.

Que conclure de l'ensemble de ces règles ? Le mariage, acte solennel crée pour les deux époux une indépendance absolue, il les affranchit de la puissance paternelle même s'ils sont mineurs. Le mari devient chef d'un nouveau groupe, la femme est soumise à sa seule autorité. Un mariage de père et de mère surveillant des enfants mineurs,

telle est la conception de la famille moderne, telle est aussi l'idée normale et naturelle des choses, conforme à l'intérêt des enfants et de la société. Nous allons entrer dans notre sujet et nous verrons quelles conceptions différentes la loi et les mœurs de Rome s'étaient faites des pouvoirs des pères sur le mariage de leurs enfants.

SECTION PREMIERE.

De la Patria Potestas et de ses caractères.

Nous venons de caractériser en quelques traits les caractères du mariage, nous avons vu qu'il est dans notre droit moderne l'assise même de la famille. Si nous nous reportons maintenant à Rome, nous verrons que l'idée qui domine tous les droits de famille, est celle de la *patria potestas*. Qui était *paterfamilias* ? Cette expression correspond-elle à nos mots père de famille, c'est ce qui nous occupera ; mais pour arriver à exposer clairement la question, il nous faut rappeler auparavant les divisions des personnes à Rome.

Il est un principe qui domine nos lois civiles, qui a été reproduit dans toutes nos Constitutions depuis 1789 et qui se retrouve dans la plus grande partie des législations modernes, c'est l'égalité des personnes devant la loi. Il n'y a plus aujourd'hui d'individus privilégiés à raison de la caté-

gorie sociale à laquelle ils appartiennent, tout français jouit des mêmes droits et prérogatives, a les mêmes actions pour les faire respecter. L'accès des tribunaux est ouvert à tous. Parmi ces droits, le mariage est permis à tous sans exception de personnes. Il n'en était pas ainsi à Rome. Par suite des conquêtes successives, la ville s'était accrue rapidement, et à côté des vainqueurs ou des quelques familles composant originairement la cité s'étaient jointes par des traités d'autres tribus : Les *Latini veteres* d'abord, et plus tard les *Latini Coloniarii*. Les vaincus étaient réduits en esclavage et l'affranchissement était la seule façon de sortir ainsi de la servitude. Parmi les affranchis comme parmi les esclaves, on distinguait des divisions dans lesquelles nous n'avons pas à entrer. En dehors de ces classes « citoyens, latins, affranchis, esclaves » on trouvait les étrangers c'est-à-dire ceux qui passaient ou séjournaient à Rome « les pérégrins » enfin les *hostes*, ceux qui étaient en guerre avec les Romains. Le Mariage le *jus connubii* n'était permis qu'entre citoyens romains, à côté existait le *matrimonium injustum* pour les Latins, le concubinat qui était seul possible lorsque les deux personnes étaient de condition inégale. Quant au *contubernium*, l'union des esclaves, c'était un pur fait qui n'engendrait aucun droit.

Les *Justæ Nuptiæ* étaient donc réservés à une catégorie de personnes, les citoyens. Mari et femme unis en légitime union ne formaient pas nécessairement une famille ; la famille au sens romain « la *domus* » était la plupart du temps beaucoup plus étendue que la nôtre. Pour former une famille, il fallait être *sui juris*, c'est-à-dire n'être sous la puissance de personne. L'individu du *sui juris*, c'est celui qui par le décès de son père ou de son aïeul paternel à défaut de père n'a plus d'ascendants paternels et se trouve chef d'un nouveau groupe. L'âge n'a aucune influence pour déterminer si une personne est *alieni juris* ou *sui juris*, il faut se garder de rapprocher ces idées de nos idées modernes de majorité et de minorité qui n'ont aucun rapport : *Sequitur de jure personarum*, dit Gaius, *alia divisio ; nam quædam personæ sui juris sunt quadam alienæ juris sunt subjectæ* (1). Telle est la division fondamentale. L'homme *sui juris*, est celui qui n'est soumis à l'autorité de personne, c'est celui qui, selon la définition des textes *in domo dominium habet*. Il peut être impubère, n'avoir pas d'enfants, n'être pas marié, il n'en est pas moins *paterfamilias*, il forme une famille à lui seul : *Paterfamilias autem appellatur qui in*

(1) GAIUS (C. I, § 48.)

domo dominium habet recteque hoc nomine appellatur quamvis filium non habeat. Quand le *paterfamilias* se marie, il aura différentes sortes de puissance, sur sa femme la *manus*, sur ses enfants la *patria potestas*. Il peut toujours avoir encore la *dominica potestas* toutes les fois qu'il a des esclaves. Enfin, il peut acquérir le *mancipium* sur des fils de famille qui lui sont aliénés par exemple par suite d'un délit commis que le père ne veut pas réparer. La *patria potestas* est donc le pouvoir exercé par le père ou par son *paterfamilias*, s'il est *in potestate* sur la descendance issue du mariage ou sur celle naissant des rapports de l'adoption. Pour qu'il y ait *patria potestas*, il fallait être citoyen romain, c'était un droit civil. « *Quod jus proprium civium romanorum, fere enim nulli sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem non habemus.* » (1) Et encore « *soli cives romani videantur tantum liberos in potestate habere* (2). »

La famille Romaine nous apparaît comme une

(1) GAIUS. (I, § 55.)

(2) GAIUS (I, § 189). — Cependant les textes de Gaius ne sont pas d'une rigoureuse exactitude, dès les premiers temps de l'empire, entre les années 835 et 837 (*Lex Salpensana*) des municipalités Latines et certaines provinces d'Occident avaient une *manus* et une *patria potestas* comme celle des citoyens romains.

véritable monarchie domestique. Le *paterfamilias* a sur ses enfants un pouvoir absolu, le droit de vie et de mort, *in filium vitæ necisque potestatem*, ce pouvoir dans les temps anciens se distingue à peine de la propriété. Le père exerce sur son fils la même domination que sur sa maison ou son cheval. Il ne faut certes pas exagérer cette idée, il est certain cependant que le fils n'a pas de devoirs tracés par la loi, il est laissé à l'arbitraire du chef de famille, père ou aïeul. « Aucune loi, dit Savigny, n'ordonne au fils l'obéissance, aucune loi ne donne d'action au père contre l'insubordination du fils ou de l'esclave. Il n'y a d'action que contre les personnes étrangères qui entreprennent sur le pouvoir paternel (1) ». Le *paterfamilias* peut accepter ses enfants à leur naissance, ou les rejeter de la famille. Sont-ils arrivés à la puberté, ou l'âge mûr, le père conserve tous ses droits, il peut les aliéner si par un délit ils ont commis un préjudice à un tiers et que le père ne veuille pas le réparer (2).

Il pouvait arriver qu'un mariage fut stérile et que le père désire augmenter sa famille ou se créer un continuateur qui lui manque. Deux partis

(1) SAVIGNY — *Traité de droit Romain*. Tome 1^{er}, page 338 en note.

(2) Abandon noxal.

s'offrent à lui ; il peut se donner en adoption et passer ainsi dans une autre famille, acte essentiellement grave, puisqu'il implique l'extinction d'une famille, l'extinction d'un culte, aussi cet acte (l'adrogation) est-il soumis à des conditions rigoureuses. Le père de famille peut aussi adopter quelqu'un, c'est souvent pour lui le moyen pratique de faire entrer dans sa famille, ses enfants nés hors mariage.

Le chef de famille compose sa *domus*, comme il l'entend, son omnipotence s'étend sur les personnes. Les enfants en puissance n'ont rien en propre sans sa volonté ! Toutes les acquisitions du fils profitent au père ; n'ayant aucun bien, il ne peut par conséquent disposer à titre gratuit. Il ne peut figurer en justice, puisqu'il ne pourrait agir que pour son père et que la représentation pour autrui est impossible sous la procédure des actions de la Loi : *Nemo alieno nomine lege agere potest* (1). Le père lui a-t-il laissé quelques biens (*peculium profecticium*) la propriété en reste au père, puisque toutes les acquisitions lui reviennent mécaniquement. Au point de vue passif, il ne peut avant la création prétorienne des actions *adjectitiæ qualitatis* obliger son père par ses contrats, il ne

(1) (L. 123. D. 50. 17).

l'obligera que par ses délits. Il reste soumis jusqu'à la mort de son père à son autorité absolue et les seules limites de la puissance étaient l'opinion publique, la crainte du censeur et le blâme de la *gens*. Tels sont les traits qui caractérisent le pouvoir des pères dans la Rome antique, ce sont bien les idées de chef, de prêtre et de juge qui font le mieux ressortir les divers aspects de l'autorité du *paterfamilias*. Ce serait cependant se faire une fausse idée des pouvoirs des pères que de les représenter comme des autocrates ou des tyrans. Il ne faut pas séparer l'histoire des textes juridiques. On a même parfois abusé peut-être des belles descriptions de la famille romaine, ne négligeons pas ces renseignements, nous verrons quel crédit nous devons leur accorder.

« La *domus*, a-t-on dit, est une association sanctionnée par la religion et cimentée par la tendresse paternelle et l'affection filiale (1). » Si nous ouvrons les auteurs, nous trouvons des maximes comme les suivantes : *Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (2). Cicéron parlant d'Appius Claudius nous dépeint

(1) M. CUQ. — *Institutions juridiques des Romains* (T. I. L'Ancien Droit).

(2) TERENT. — *Adelphes*, Sc. I.

en ces termes l'ancien régime de la famille (1) : *Tenebat non modo auctoritatem, sed etiam in imperium suos; metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant, vigeat in illa domo mos patrius et disciplina*. Citons encore ces éloquentes paroles de Denis (2) : « Au lieu de ce pouvoir terrible dont les historiens du droit Romain parlent tant, nous ne voyons plutôt dans les écrivains de l'empire, que les devoirs sacrés du père et de la mère... Je pourrais citer dans Quintilien, Pline, Juvénal, les passages les plus beaux sur la nécessité et l'importance de l'éducation dans la famille, l'inconvénient et l'erreur qu'il y a à confier les enfants à des esclaves; le respect dû à leur innocence et à leur jeunesse, la tendresse qu'on devrait déployer envers eux et qui fait prohiber l'usage du fouet pour les élever comme s'ils étaient des animaux qu'on dresse. » La *patria potestas* était si bien tempérée par le sentiment naturel du devoir paternel que rarement l'autorité était dure à supporter (3). Les enfants étaient du reste protégés contre l'exercice arbitraire de la juridiction domestique par la

(3) CICÉRON. — *Cato Mai.* 11, 37.

(1) DENIS. — *Histoire des idées morales dans l'antiquité*.

(2) MUIRHEAD. — *Droit de Rome*.

règle qui prescrivait au père de prendre conseil des propres parents de l'enfant paternels et maternels. Quant à l'incapacité d'être propriétaire, elle ne pouvait pas dans les temps anciens tout au moins être regardée comme une privation très sérieuse. Les acquisitions étaient faites pour la famille, le *paterfamilias* était tenu de garder et de gérer les biens pour le profit commun. Sous la constitution de Servius, l'évaluation de la propriété d'une personne était en réalité l'évaluation de la propriété de famille. Le *paterfamilias* devait conserver pour ses enfants les « *bona avitague paterna* ». Si, par dissipation, il portait préjudice à la famille, le tribunal de la *gens* l'aurait privé de l'administration du patrimoine commun.

Telle est la conception que beaucoup d'auteurs se font de la famille romaine dans l'ancien droit. N'y a-t-il pas quelque exagération et beaucoup de ces affirmations ne sont-elles pas bien discutables. Prenons par exemple le tribunal de la *gens*. Les uns lui accordent une grande autorité, le considèrent comme l'arbitre suprême des actes du *paterfamilias* (1). D'autres ne lui reconnaissent pas d'unité politique avec des pouvoirs détermi-

(1) M. CUG. — *Institutions*.

nés (1). Il ne faut pas négliger les textes anciens pour des descriptions d'auteurs qui ont vécu bien postérieurement. Pour n'en citer qu'un, le fameux passage des XII Tables *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jura esto* nous paraît éloquent dans sa concision. Si la vie antique fut très belle, si les *patresfamilias* n'abusèrent jamais de cette autorité absolue, la loi leur accordait l'omnipotence. Toute cette *patria potestas* n'est-elle pas par dessus tout une construction politique qui assura l'unité de la famille, il est vrai, qui forma peut-être bien la première grandeur de Rome, mais qui a étouffé l'individualité et les sentiments les meilleurs et les plus généreux. Tout ce système des *alieni juris* auquel il faut surtout s'attacher pour bien saisir l'esprit des droits de famille, n'est-il pas artificiel !

Il y a une remarque que nous voulons faire et qui montre bien comment tout cet ensemble d'institutions est avant tout une construction politique, c'est la liberté du fils de famille dans la jouissance des droits publics, ce n'est pas un des contrastes les moins curieux des lois romaines. Le fils ne peut acquérir que pour son père, il n'a rien en propre, il ne peut accomplir les procédures

(1) M. GIRARD. — *Manuel*.

des actions de la Loi, mais il peut arriver aux magistratures suprêmes, à la prêture, à la dignité du consulat. On se souvient de ce fait typique raconté par Tite Live. Un fils de famille passant sur la voie publique entouré de ses douze licteurs, fit descendre son père qui traversait la voie à cheval, montrant ainsi du respect qu'on devait aux insignes dont il était revêtu. » Il y a là, on peut en convenir, une belle école de discipline, une attribution déterminée dans les rôles, une garantie pour le commandement, mais est-ce bien la nature des choses, n'est-ce pas une combinaison singulière, comme notre droit d'aînesse dans nos institutions coutumières. Nous allons voir les conséquences rigoureuses de ce système bien plus frappantes, quand des droits généraux des *patres-familias* que nous voulions esquisser, nous allons étudier le mariage des *alieni juris*. Là c'est l'arbitraire poussé dans des limites que nos idées modernes ne concevraient même pas et la cause en est toujours à cette idée maîtresse de *potestas* qui domine tout jusqu'aux devoirs les plus sacrés de l'individu.

SECTION II

Des Pouvoirs des « patres familias » dans le Mariage « cum manu. »

« Les droits de famille à Rome, dit à juste titre M. Bernhoft (1), ce sont simplement les droits du père de famille, ils se rapprochent des droits réels en ce qu'ils ont une valeur pécuniaire à une époque où la main-d'œuvre manque. Par suite des institutions qui se rapportent au patrimoine leur sont appliquées sans difficulté, par exemple, l'usucapion et la vente, la première au mariage, la seconde à la puissance paternelle. » A Rome le mariage n'était pas comme chez nous un contrat solennel qui nécessite l'intervention de l'autorité publique. L'Etat a bien déterminé des conditions de fonds en l'absence desquels un mariage ne peut être valable, mais il ne s'occupe aucunement

(1) *Staat und Recht der römischen Königzeit.*

de la célébration du mariage, il n'y a pas de conditions de forme. C'est avant tout un accord de famille. Dans notre législation le mariage émancipe ; à Rome, il n'éteint pas la puissance paternelle, le père conserve sur son fils toute son autorité. Pour le mariage de la fille il faut distinguer deux hypothèses, celle où le père de la femme a conféré la *manus* au mari ou au père du mari ou celle où la fille a été unie sans *manus*. Nous ne nous occuperons dans cette section que du mariage *cum manu*.

Mais peut-on se demander pourquoi deux formes de mariage pour un seul et même peuple. Pourquoi, selon le bon plaisir du père de la femme, celle-ci passera-t-elle sous la puissance du *pater familias* du mari, ou au contraire sera-t-elle mariée *sine manu*. Cette multiplicité de formes dans une législation archaïque ne doit pas nous étonner. Pour prendre quelques exemples dans l'antiquité. Le Droit Mosaïque connaît deux sortes d'union, le mariage avec et le mariage sans vente (1). Le Droit Hindou connaît huit espèces de mariage se distinguant les uns des autres par des différences étranges (2). Dans les pays Slaves

(1) MICHAELIS. — *Mosaiches Recht* (Tome II, §§ 85 et 86).

(2) VON BOHLEN. — *Das alten Indien* (cité par Ihering).

on trouve sous le christianisme l'ancienne forme profane à côté de la forme antique.

Nous devons prendre ici parti sur une question controversée, celle de savoir si le mariage avec *manus* a été à l'origine la seule vraie et légitime union et si le mariage libre n'a été qu'une réaction contre la *manus*. Au contraire, le mariage libre existe-t-il dès l'origine avec les *justæ nuptiæ cum manu*. Il est certain que les documents les plus anciens que nous possédons (la loi des XII Tables) supposent l'existence du mariage *sine manu*. Cependant il nous paraît possible de soutenir avec arguments sérieux à l'appui que la *manus* existait dans toute union à l'origine. N'est-ce pas d'abord beaucoup plus conforme aux idées formalistes des Romains. La *manus* ne sert-elle pas bien cette institution antique qui ne veut voir dans la maison qu'un seul patrimoine. Grâce à elle aussi la fille mariée, exclue désormais de la succession paternelle, ne fera point passer le patrimoine familial dans une famille étrangère. C'est au mariage *cum manu* seulement que peut s'appliquer la belle définition du mariage de Modestin. *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ divini et humani juris communicatio*. Enfin toutes les fables citées par Denys d'Hali-

carnasse (1) et par Plutarque (2) sont la preuve, comme le fait observer M. Girard (3), que pour leurs inventeurs il n'y avait anciennement d'autre mode d'union conjugale que la *manus* (4).

Qu'était-ce que la *manus* ? C'était une puissance que le mari acquérait sur sa femme et qui la plaçait au même rang que ses enfants. La femme *in manu* devenait *loco filix* par rapport à son mari et *loco sororis* par rapport à ses enfants et aux enfants adoptifs du mari, elle était considérée comme la petite-fille de son beau-père et se trouvait sous la même puissance que son mari s'il était *alieni juris*. Lorsque celui-ci devenait *sui juris* elle avait le titre de *mater familias* (5). Nous n'entrerons pas dans le détail des formes de l'établissement de la *manus*. Qu'il nous suffise de dire qu'originellement elle ne pouvait s'acquérir que par *confarreatio*, que les patriciens seuls pouvaient employer cette forme toute religieuse. Les fiancés après avoir rompu le pain d'épeautre prononçaient les paroles sacramentelles : *Ego sum Gaius, ego sum Gaia*. On enlevait la femme et on

(1) DENYS (2, 25).

(1) PLUTARQUE (Rom 24).

(3) M. GIRARD. — *Manuel*.

(4) *Contra*, M. Cuq.

(5) CICÉRON (Top. 3, 14).

lui faisait franchir le seuil de la maison conjugale sans qu'elle le touchât du pied, elle tombait alors *in manu mariti*. La *coemptio* était la forme réservée aux plébéiens (1). Enfin par application du principe de l'usucapion qui faisait acquérir la propriété par la possession prolongée pendant un certain temps et sous certaines conditions, la femme tombait au bout de l'année *in manu mariti*. Si le mari est *sui juris* c'est lui qui prendra librement l'épouse de son choix et l'accord s'établira avec le père de la femme, mais s'il est *alieni juris* qu'arrivera-t-il?

Quels pouvoirs le *paterfamilias* aura-t-il sur la formation du mariage? Le consentement du père est bien certainement nécessaire, mais nous disons plus, le consentement légal est celui des *patresfamilias*, ce sont eux qui décident des mariages de leurs enfants. De même qu'il forme sa famille à son gré en excluant des enfants légitimes, en adoptant des *extranei*, de même le *paterfamilias* prendra pour son fils la fiancée de son choix.

(1) Pendant longtemps les plébéiens ne purent contracter de *justæ nuptiæ*, source de la filiation légitime, ils auraient vécu dans des unions analogues au concubinat des temps postérieurs. Les enfants plébéiens auraient eu une mère, point de père, des cognats, point d'agnats.

Il peut lui refuser l'entrée de la famille, comme il peut la faire entrer et vaincre l'opposition de son fils. Cette opinion a été contestée (1), mais c'est le seul régime qui nous paraisse logiquement conciliable avec l'omnipotence du chef de famille à l'époque primitive. Il en est resté des vestiges dans les textes : *Ulrique consentiant, si sui juris sunt*, dit Ulpien, *aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt* (2). Nous pouvons trouver encore d'autres arguments qui nous semblent probants. Les fiançailles des personnes en puissance sont conclues par leurs *patresfamilias* et en dehors d'elles. Divers passages de Plaute permettent de reconstituer la formule traditionnelle de la *sponsio* usitée en cette matière : *Spondes ne Seiam filiam tuam Lucio filio meo uxorem dari? Di bene vortant! Spondeo* (3). Pour le fils de famille la volonté du père de famille est un ordre. Le chef a le droit, le devoir d'assurer la perpétuité de sa race, il doit pouvoir contraindre au mariage le fils qui voudrait s'y refuser. On peut faire une objection à cette règle. Elle est, dit-on, (4) con-

(1) ACCARIAS. — Tome I, p. 194. Note 1.

(2) ULPEN (5, 2).

(3) PLAUTE. — *Aulul* II, 2, (208) cité par M. Cuq. *Institutions*.

(4) VOIGT. — II, 683, cité par M. Cuq. *loc. cit.*

traire à cet autre principe *nemo invitus heredes tuos habere potest*. En bonne logique, il devrait en être ainsi, mais les textes paraissent bien prouver que les Romains des premiers siècles ne s'étaient pas laissé arrêter à cette objection. Il reste encore un argument qui vient fortifier notre opinion, c'est la loi 1 au Digeste (1) qui frappe des peines de l'infamie le père de famille qui a donné en mariage sa fille veuve sans observer les dix mois de viduité exigés par la loi (2). De multiples passages semblent confirmer notre affirmation. Pour n'en citer que deux, l'un d'Aulu Gelle *veluti si uxorem ducere imperet* (3) et l'autre d'Ulpien *duxi uxorem quam pater jusserat*. Le mariage est donc à l'origine un accord entre *patresfamilias*, dont l'un, celui de la femme, concède à l'autre, celui du mari, la puissance qu'il avait sur elle. La femme quittera le foyer paternel, elle sera associée au culte du mari. Elle subira une *capitis deminutio minima* c'est-à-dire qu'elle changera de famille. Toutes ses acquisitions profiteront désormais à sa nouvelle famille, elle perd tous ses droits dans sa *domus* originaire. Les liens

(1) Loi 1, Dig. Liv. 3, t. II.

(2) Anciennement, le père était obligé à offrir un sacrifice expiatoire (PLUTARQUE. *Numa* 12).

(3) AULU GELLE II, 7, 18 *Nuits attiques*.

de l'agnation sont brisés, ses droits de succession anéantis avec la cession de la *manus* que son père a fait au chef de la famille du mari (1).

Supposons maintenant l'union accomplie et examinons quels vont être les pouvoirs du *paterfamilias* sur le mari et son épouse. Nous n'aurons plus à nous occuper du père de la femme, il n'aura plus sur elle aucun droit. Considérons d'abord la situation du fils : Le mariage ne change en rien sa position dans la famille, il reste soumis à la *patria potestas*, qui est rigoureusement la même que s'il n'était pas marié. Vis à vis de son épouse, il n'a aucune autorité. Tout ce que nous appelons aujourd'hui autorité maritale se trouve en quelque sorte englobé dans la *patria potestas*. Commet-il un délit, aucun principe ne s'oppose à ce que son père n'en fasse l'abandon noxal. Quant à la femme, le chef de famille a sur elle les mêmes pouvoirs qu'il a sur son fils. Les biens qu'elle apporte avec elle sont la propriété du père qui n'a aucun compte à lui rendre. Le père peut la faire sortir de la famille par le *mancipium*, sauf, pourtant, le cas où le mariage a eu lieu *farreo* (2). Cette mancipation n'empêche pas le mariage de subsis-

(1) ULPEN. — 6, *ad Edict.* D. III, 2, 11, 4, cité par M. Cuq.

(2) M. CUQ. — *Institutions*, p. 174.

ter, mais la femme cesse de faire partie de la maison de son mari. Que le fait soit arrivé, nous ne l'affirmerions pas, mais théoriquement aucun obstacle n'empêcherait la solution.

Voyons maintenant la condition des petits enfants. Allons-nous trouver un germe de puissance paternelle ? Toujours ce principe immuable de la *potestas*. Le père n'a aucune puissance sur eux, c'est le chef de famille qui commande. Ils n'entreront pas de droit dans la famille à leur naissance. Ils ne deviendront pour le *paterfamilias* un objet de propriété que par un acte distinct et postérieur. Le chef de famille ne doit avoir pour héritiers siens que des enfants à l'entrée desquels il ait consenti. Ce principe est renfermé dans la maxime bien connue *ne cui invito heres suus agnascatur*. Il ne suffit pas, dit M. Labbé (1), que l'enfant soit fils de famille, qu'il soit né d'une *uxor justa*, il faut qu'il ait été accueilli par le chef, *suscipere, tollere liberos*. Nous disons aujourd'hui « un enfant m'est né » un Romain disait : « j'ai accueilli, j'ai pris dans mes bras, j'ai élevé un enfant. » Mais, dit-on, et la fameuse maxime *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, elle semble en contradiction avec cette faculté pour le chef de former sa famille.

(1) Mariage romain et la *Manus* (Nouvelle Revue Historique, 1887.)

Cette règle est d'époque tardive, elle n'est énoncée qu'une seule fois au Digeste et n'existait certainement pas à l'époque que nous décrivons. Elle est de droit prétorien, et ne semble pas antérieure aux Antonins. Plaute dans l'Amphytrion, nous donne bien l'idée de la réalité. Jupiter sous les traits d'Amphytrion s'éloigne d'Alceste avant l'accouchement et ordonne que l'enfant soit élevé *Quod erit natum tollito* (1).

Dans toute cette organisation de la famille, la puissance domestique ferme accès au droit. Le législateur ne s'est pas immiscé dans l'administration intérieure de la famille. Il a respecté l'autonomie des *gentes* en ce qui touche les rapports du chef de la famille avec les personnes qui demeurent auprès de lui, ce n'est que plus tard et très lentement que le droit entre dans le sein de la famille pour y régler des abus, mais sans jamais faire disparaître la *poteestas* avec ses principales conséquences.

Passons maintenant à la dissolution du mariage. Si nous supposons le mariage dissous par la mort de la femme, la seule question qui se pose est celle de la restitution de la dot, nous la renvoyons, lorsque nous parlerons du mariage *sine*

(1) *Amph.* (act. 1, sc. 3°).

manu. Est-ce le mari qui prédécède, on pourrait croire au premier abord que la femme devra retomber sous la puissance de son père. Il n'en est rien, elle reste sous la même autorité que durant son mariage avec ses enfants et elle y reste toujours si telle est la volonté du chef de famille. A la mort du *paterfamilias* elle deviendra son héritière au même titre que ses propres enfants et pour la même raison. Elle est *loco filix*. Elle est *heres sua*, donc héritière *ab intestat* seule s'il n'y a pas d'enfants et elle viendra en concours avec ses enfants et pour une part égale si le mari a laissé une postérité légitime (1). Nous avons supposé que les deux *patresfamilias* étaient vivants, en d'autres termes que les deux époux étaient *alieni juris*. Au cas où l'un des conjoints est *sui juris*, il faut distinguer. S'agit-il du mari, il a sur la femme les mêmes pouvoirs qu'aurait eus son père vivant. Est-ce la femme, elle ne peut passer sous la *manus du paterfamilias* du mari, qu'avec le consentement de son tuteur.

Examinons maintenant l'hypothèse de la dissolution volontaire du mariage. Avec la *manus*, il ne peut être question, à l'origine du moins, de divorce au sens strict, c'est-à-dire rupture du ma-

(1) GAIUS (C. 3, § 3).

riage par consentement mutuel. La femme est sous la puissance du chef de famille et rien ne peut l'en affranchir. La femme *in manu* n'a pas le droit de divorcer et elle est exposée à la répudiation. Le *Repudium* ne peut émaner logiquement que du père et non du mari. Mais, dira-t-on, il semble impossible que la volonté du père puisse primer ici celle du mari. Le père qui a pu contraindre le fils au mariage, va alors pouvoir briser une union solide. Nous raisonnons en ce moment sur le terrain légal. Le *paterfamilias* peut chasser la femme coupable, comme il a droit de chasser un de ses propres enfants, seulement la répudiation n'est pas laissée à son arbitraire. Le Magistrat domestique devait consulter le conseil de famille et ici devaient y entrer les cognats de la femme (1). Leur présence sera pour elle une garantie contre la partialité du *pater* et des autres membres du conseil. Si le motif paraît grave, l'épouse est répudiée. Le mari n'a aucun rôle dans le jugement du tribunal domestique. Lorsque la formule (2) : *Tuas res sibi habeto, bætito foras* est prononcée, le fils n'a qu'à s'incliner la sentence est sans appel.

(1) M. CUQ. — *Institutions*, page 226.

(2) PLAUTO, *Amphytrion*, III, 2-47. 3).

Quelle était alors la situation de la femme répudiée, c'est ce qu'il est intéressant de rechercher. Nous devons procéder par distinctions. Le mariage a eu lieu *farreo*. La question ne se pose pas ; la répudiation ne pouvant avoir lieu en ce cas que pour des crimes entraînant la mort de la femme (1).

Le mariage a eu lieu par *coëmptio* c'est-à-dire par mancipation, il faudra une remancipation suivie d'un affranchissement. Mais à qui est faite cette remancipation. En bonne logique, on pourrait penser que c'est au père de la femme. Il n'en est pourtant pas ainsi. La femme ne retombera jamais nécessairement sous la puissance de son père. Cette remancipation sera faite à un compère du choix du *paterfamilias* qui l'affranchira ensuite du *mancipium* et sera son tuteur : *Incipit autem habere eum tutorem a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur* (2). Il sera appelé tuteur fiduciaire en vertu du pacte de *fiducia* joint à la remancipation.

La *manus* a-t-elle été acquise par *usus*, aucun texte ne permet de dire comme la *manus* cesse. Deux conjectures sont possibles. On peut admettre que la puissance sur la femme se perd

(1) Exemples dans M. Cuq. — *Institutions*, p. 228.

(2) GAIUS, I, 195.

par le non usage, c'est de cette manière que le père de la femme avait été dépouillé de la puissance paternelle qu'il avait lors du mariage. Mais il faudrait admettre alors que ce soit le père de la femme qui recouvre la *manus* par *usus*. Cette solution, possible peut-être, nous paraît difficile à admettre en l'absence de textes précis. Nous préférons la seconde conjecture. Le *paterfamilias* procède à une remancipation comme dans l'hypothèse où la *manus* a été acquise « *coemptione*. »

Tels sont les pouvoirs généraux du *paterfamilias* dans le mariage *cum manu* ; sans se taxer d'exagération, la situation légale des époux nous semble un asservissement complet. Nous croyons qu'il n'était ni dans l'intérêt des époux, ni dans l'intérêt de la société. Le *paterfamilias* avait-il seulement le pouvoir d'émanciper son fils et sa belle-fille mariée *cum manu*, cela nous paraît peu vraisemblable avant la création des *bonorum possessiones* en faveur des émancipés. Et puis auraient-ils songés à cet expédient, ces *patres* qui avaient été élevés à cette école de discipline, habitués à rester jusqu'aux approches de la vieillesse sous la domination d'un père ou d'un aïeul !

On fait au reste toujours des objections. Il faut, dit-on, sortir des termes de la loi et entrer dans les mœurs de la Rome antique. La situation des en-

fants y est-elle si pitoyable et le pouvoir des pères une tyrannie dénaturée. Le but du mariage est d'élever des enfants qui puissent perpétuer la *domus* et les *sacra* de la famille. La femme devenait une vraie compagne. « Ce n'est plus l'esclave impuissante et opprimée, dit Gide (1), c'est la mère de famille vénérée de ses esclaves, des clients, des enfants, respectée de son mari, chérie de tous, maîtresse de la maison et au dehors, étendant son influence jusqu'au sein des assemblées populaires et du conseil du Sénat. » Tous les auteurs de la fin de la République et du commencement de l'Empire sont remplis de descriptions louangeuses sur l'austérité des mœurs, le respect des traditions de l'ancien droit. N'est-ce pas l'occasion de citer le beau tableau de la vie de famille que nous donne Columelle (2) : *Erat enim summa reverentia cum concordia et diligentia mixta... Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret, sed in commune conspirabatur ab utroque*. Et néanmoins, c'est dans ce bon vieux temps dont Columelle nous fait la peinture que l'autorité du *paterfamilias* est la plus rigoureuse. C'est à cette

(1) GIDE. — *Etude sur la condition de la femme*.

(2) COLUMELLE. — *De re rust.* lib. XII, *præf.* § 7, 8.

époque que la volonté du chef est le seul facteur qui compose et dirige la famille. On ne peut nier, dit-on, devant ces témoignages nombreux que c'est l'âge d'or des affections et de la discipline.

Nous voulons bien croire que l'action mal déterminée de la *gens*, la crainte du censeur et surtout l'opinion publique atténuait ce que la loi avait de contraire à la nature. Mais elle était là comme un droit dont le *paterfamilias* pouvait user. « Est-il donc croyable (1) qu'à travers tant de générations qui ont vécu sous ce régime, jusque vers les époques déréglées de la République et de l'Empire, il n'y ait pas eu nombre d'unions victimes en leur intimité, soit par dureté, faux jugements, simples malentendus ou caprices même d'une conception si étrange et si dépendante des mariages. » Nous voulons tenir compte des mœurs, mais le droit doit avoir des limites. Nous lisons avec intérêt la belle peinture du caractère romain d'Ihering, mais l'imagination n'y joue-t-elle pas un grand rôle : « C'est un phénomène fréquent et connu, dit-il (2), chez les natures énergiques de savoir précisément réunir deux aspects en elles, l'un rigoureux, âpre, rude qu'elles montrent au

(1) M. LEFEBVRE. — A son Cours 1898-1899).

(2) *Esprit du Droit Romain*. Tome II, p. 197.

monde extérieur, l'autre doux, tendre, intime, sentimental qu'elles réservent pour les rapports avec les leurs — une rude écorce enveloppant un fruit plein de douceur. » L'absolutisme ne serait-il qu'un principe (et ceci n'est pas prouvé pour la famille romaine) est toujours redoutable. Toute cette organisation est contre nature et marquée d'une dureté antique, mais combien est-elle moins bizarre, moins contraire à la saine logique que celle du mariage *sine manu* !

SECTION III

Des Pouvoirs des « *patresfamilias* » dans le mariage « *sine manu*. »

Le mariage *sine manu* nous apparaît comme une réaction probable contre les pouvoirs exorbitants du *paterfamilias* du mari dans la *manus*. Que la *manus* n'ait pas été une conséquence nécessaire du mariage dès l'origine, c'est une doctrine qui a été soutenue. Nous préférons, comme plus vraisemblable, la conjecture qui montre le mariage libre comme une innovation. Ce qui est hors de doute, c'est que cette forme de mariage remonte à une haute antiquité, puisque les XII tables y font allusion, en donnant au père de la femme le moyen de faire interrompre l'*usus* afin que le père du mari n'acquière pas la *manus* sur sa fille.

Si nous recherchons quelles furent les causes de la *manus*, nous trouverons une assez grande

divergence de vues entre les auteurs. Les uns veulent y trouver une origine ethnique (1). Les autres y voient la tendance des femmes *sui juris* vers une indépendance plus complète. Mais on oublie que le mariage *sine manu* existait alors que la tutelle des femmes régnait dans toute sa rigueur. Or, quel intérêt la femme avait-elle à vouloir éviter la *manus*. Et puis, les femmes étaient-elles aptes à faire toutes ces combinaisons. On a dit surtout que les tuteurs des femmes *sui juris* refusaient leur consentement pour que la femme tombe *in manum*. Cela leur faisait perdre l'administration du patrimoine de la femme, peut-être aussi le droit de disposition (2) en tout cas l'expectative d'acquérir ses biens, si la femme mourait avant eux. Ce sont là des raisons possibles pour les femmes *sui juris*. Quant à celles qui étaient *alieni juris*, nous y voyons une prévoyance paternelle et le désir de garder leurs filles sous leur pouvoir ; peut-être des raisons d'ordre pécuniaire, n'étaient-elles pas étrangères à cette union.

Nous ne trouvons dans le mariage *sine manu*, aucun des éléments essentiels, qui forment une

(1) Opinion exposée par Ihering, qui du reste ne l'adopte pas et la trouve dépourvue de toutes preuves.

(2) M. GIRARD. — *Manuel*, p. 202.

association conjugale. Communauté d'enfants, communauté d'intérêts, communauté de culte et d'existence. La puissance maritale est un des grands caractères du mariage que les Romains ont tout à fait ignorée, mais la femme n'est plus ici comme dans le mariage *cum manu* sous la même puissance que son mari et associée à son culte et à sa vie. Le père de la femme a gardé tous ses pouvoirs sur sa fille ; le mari même devenant *sui juris* n'aura jamais de pouvoirs sur elle. Tous les liens qui l'unissent à sa famille originaire subsistent, son père conserve tous ses droits sur elle, il ne la donne pas au mari, il la prête, on a dit avec un peu d'exagération peut-être, il la concède à titre précaire. On a comparé quelquefois le mariage *sine manu* au mariage de la main gauche (1). Nous ne croyons pas, que les Romains aient vu avec défaveur, qu'ils aient considéré comme moins honorable le mariage *sine manu*, mais il faut avouer que dans nos idées modernes, abstraction faite de la *potestas*, il ressemble singulièrement à l'union libre.

Examinons quels vont être les pouvoirs des pères sur la formation du mariage. Comme dans le mariage *cum manu* le mariage est toujours un

(1) VOIGT. — *Die XII. Tafeln*. T. II, (707).

simple accord de famille. Bien probablement des fêtes de famille suivaient l'accord intervenu, mais aucune formalité légale n'était exigée pour la validité de l'union. Ne fallait-il pas la cohabitation physique? La validité du mariage était certainement indépendante de cette condition. *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* dit Ulpien. Pour fixer le moment où commence l'union, ne convient-il pas de prendre en considération le moment de la mise de la femme à la disposition du mari. La question nous intéresse en ce sens que selon que l'on adopte la première opinion ou la seconde, les enfants à naître du mariage peuvent se trouver sous la puissance du *paterfamilias* du mari, s'ils sont légitimes, sous l'autorité du père de la femme s'ils sont illégitimes. On admet généralement que la *deductio in domum mariti* est nécessaire. Le texte fondamental sur lequel on s'appuie est un passage de Paul (Sent. 2, 19, 8) : *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest*. Si la femme est absente, le mariage ne peut être contracté, ce qui implique, dit-on, que le *paterfamilias* doit la mettre à la disposition du mari. Comment, dit-on, distinguera-t-on le mariage du concubinat, dans le mariage *cum manu*, les modes d'acquisitions de la *manus* préviendront toute difficulté, mais le

mariage libre se forme par un simple accord de volontés? Il y aura l'intention des *patresfamilias*, les fêtes familiales, les fiançailles, mais le critérium certain pour reconnaître les deux unions, c'est la dot.

Voyons les procédés de constitution de la dot, par le père de la femme. La dot est une donation faite en vue du mariage; elle suppose donc : 1° la réalisation du mariage. S'il n'a pas lieu, l'apport fait au père du mari est considéré comme ne lui ayant jamais appartenu. Le constituant aura donc la revendication et plus tard après les lois *Silia* et *Calpurnia* une *condictio* basée sur un enrichissement sans cause; 2° la dot est définitivement acquise au père du mari. Tel est le sens de la règle : *Dotis causa perpetua est*. La dot en droit classique peut être constituée par *datio*, *dictio* ou *promissio* : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dit Ulpien (1). Parmi ces modes de constitution, les deux derniers nous paraissent les plus anciens, ce sont eux qui ont aussi disparu les premiers. La *dictio dotis* était un engagement solennel que prenait le père de la femme de fournir une dot à sa *filiafamilias*. C'était une promesse unilatérale, mais sans interrogation préalable,

(1) ULPIEN. — (6 § 1.)

comme la stipulation, cependant cela n'empêchait pas l'acte d'être bilatéral et d'exiger le concours de volontés des *patresfamilias*. La *promissio dotis* était une promesse faite dans la forme de la stipulation sanctionnée par l'action *ex stipulatu* (1). La constitution de dot pouvait précéder ou suivre le mariage à la différence de notre législation. Le père, dans l'ancien droit, n'était tenu de fournir une dot à sa fille qu'en vertu d'un devoir purement moral *officium pietatis*. Nous verrons plus loin qu'il n'en a pas toujours été ainsi. En dotant sa fille, le père voulait lui faire une situation digne et respectueuse. Le mariage fut devenu une charge trop onéreuse pour le père du mari, si la femme n'avait rien apporté dans la famille.

Si nous cherchons à dégager l'idée essentielle de la formation des *justæ nuptiæ*, nous voyons que des formes solennelles sont exigées pour la constitution de dot; pour le mariage lui-même, au contraire, c'est un simple accord de famille. Il y a là un contraste frappant avec ces multitudes d'actes qui nécessitaient à Rome des formes rigoureuses, l'adoption, l'émancipation, l'adrogation

(1) Quant à la sanction de la *dotis dictio*, elle est inconnue. De là, controverse sur sa sanction. Peut-être comme Voigt le pense, (die XII, Tafeln, vol. II, p. 486, avait-il une action *dictæ dotis*.

pour n'en prendre que dans les droits de famille.

Supposons maintenant l'union conclue et essayons d'analyser les conséquences qui vont découler de cette singulière combinaison. Le père garde sa fille sous sa puissance, elle échappe à tout pouvoir du chef de famille du mari, elle conserve son agnation, tous ses droits de succession, elle n'en a au contraire aucun dans la famille du mari, tout ce qu'elle acquiert est pour son père. Par rapport aux enfants, elle ne sera rien en droit. Elle a pourtant été donnée au mari *liberorum quærendorum causa*, elle est bien leur mère en vertu de la nature, mais nul lien juridique ne la lie à l'enfant. Elle n'est pas de sa famille. Donc, pas de parenté, pas de succession réciproque. Quant à la faculté de faire un testament, il faudrait la supposer *sui juris*, mais encore ce ne seront pas les enfants qui recueilleront la libéralité, mais le chef de famille. Nous voyons dans les textes de belles définitions, dans les auteurs de louangeuses peintures de la vie de famille, le mariage devait former une association solide et durable *consortium omnis vitæ* : « Nul (1) doute qu'à Rome la femme vouât à son mari la plus grande part de ses affections, mais que faisait-on

(1) M. LEFÈVRE. — A son Cours.

en droit de ces données naturelles découlant de la saine raison. » Comment pouvait-il y avoir union telle que nous pouvons la comprendre, sans communauté d'intérêts, d'enfants et d'espérance ! Combien la situation était étrange quand la femme était *sui juris* ! c'était alors une indépendance absolue quant à sa personne. Certes, à l'époque très ancienne, la tutelle solide des agnats pouvait apporter un frein moral considérable, mais le jour où elle tomba en désuétude dès la fin de la République, la femme est libre de toute entrave. Quel contraste ! le mari sous la domination de son *paterfamilias* et la femme qui théoriquement peut avoir 13 ou 14 ans affranchie de tout pouvoir.

Arrivons à la dissolution du mariage. Si nous supposions la mort de la femme, une question intéressante s'offrirait, c'est celle de la restitution de la dot. Nous la reportons lorsque nous parlerons du divorce. C'est le mari qui prédécède, la femme doit porter le deuil pendant l'année *lugere maritum* et elle ne peut se remarier pendant l'année de deuil. Nous n'aurions pas parlé de cette disposition si sa sanction n'était intéressante pour notre sujet. D'après une ancienne coutume, dont on rapporte l'origine aux lois de Numa (1), si la

(1) SAVIGNY, — Tome II, p. 479. — *Traité de Droit romain*.

veuve s'était remariée, sont déclarés infâmes les pères des deux conjoints. Sans doute la honte de cette transgression retombait sur la femme, mais il ne pouvait pas être question de responsabilité pour elle. Cette curieuse disposition se retrouve dans l'*Édit du prêteur* inséré dans le Digeste (1). Elle montre bien le mariage romain, véritable accord entre les *patresfamilias*, c'est pour cette raison que nous avons voulu la citer ici.

Arrivons à la dissolution volontaire. Nous avons vu que le *repudium* seul était possible dans le mariage *cum manu* et il ne pouvait émaner que du *paterfamilias* du mari ; ce n'est qu'à la fin de la République que le divorce fut admis, même lorsque l'épouse était *in manu*. Du reste, la rupture du mariage était rare dans l'ancien droit. N'a-t-on pas même affirmé qu'on n'en avait pas vu d'exemples avant celui de Carvilius Riga, vivant d'après Denys d'Halicarnasse sous les consuls de 523 (2) ? Encore le divorce lui était-il en quelque sorte imposé par la stérilité de sa femme. Ceci ne nous semble être qu'une belle légende tout à fait contraire à la vérité historique. Sans parler d'autres divorces qu'on trouve à des époques antérieures, (par

(1) SAVIGNY. — T. II, p. 476.

(2) D'après d'autres sources, 519, 520 ou 527.

exemple dans Valère Maxime en 447,) est-ce conforme à toute vraisemblance et aux droits de répudiation que les *patres* possèdent dans bien des circonstances (1). Avec le mariage *sine manu* la dissolution volontaire du mariage devint beaucoup plus fréquente et plus facile. Les deux époux étaient-ils *alieni juris*? L'accord des *patresfamilias* avait formé leur union, le désaccord pouvait la rompre. La dissolution pouvait donc se produire par *repudium* et par divorce. Cette faculté accordée aux *patresfamilias* nous semble incroyable. Théoriquement, elle est peut-être possible, dit-on, mais c'est un fait qui ne devait jamais se produire.

Nous allons prendre un exemple du théâtre romain qui nous montre bien ce pouvoir exorbitant des *patres* en action. Il nous semble invraisemblable qu'un poète comique comme Plaute n'ait pas voulu critiquer un fait sinon commun tout au moins bien d'actualité. La scène se trouve dans la comédie de Stichus. Deux filles ont été mariées par leur père *sine manu*. Celui-ci veut les faire divorcer, parce que leurs maris ayant entrepris de

(1) De nombreux exemples dans M. Cuq, *Institutions*. Lorsque la femme a bu du vin, lorsqu'elle est reconnue coupable d'adultère ou de sortilège.

voyager pour rétablir leur fortune restent trop longtemps absents. Elles résistent, elles disent qu'elles doivent rester attachées aux maris que leur père leur a donnés :

« *Viros nostros quibus tu voluisti nos esse matres familias.* »

Elles essaient de dissuader leur père par tous les moyens en leur pouvoir, elles aiment leurs maris ; mais elles ne nient pas la puissance de leur chef de famille, et par là même son droit.

« *Verum postremo in patris potestate est situm.*

Faciendum est id nobis quod parentes imperant » (1).

Les causes du divorce sont laissées à l'arbitraire du chef. Nous avons vu dans le mariage *cum manu* des formes exigées pour que le père perde la puissance sur la femme, ici rien de semblable. Le mariage simple accord se dissout par une déclaration de volonté dont Plaute nous apporte la concision brutale : « *Vade foras* » et dont Gaius nous rappelle les termes les plus usités : « *Tuas res tibi habeto, tuas res tibi agito.* » On pouvait encore pour éviter des discussions employer le ministère d'affranchi qui était chargé d'annoncer cette nouvelle à l'époux répudié. On se

(1) (STICHUS. — Acte 1^{er}, Scène 1^{re}, Vers 37 et 38).

reprenait et on se quittait sans peine. Il est même possible que le fait de contracter un second mariage fut une condition tacite de répudiation. Nous ne voyons aucunes peines contre l'abus du divorce, si ce n'est certaines compensations que nous étudierons en parlant de la restitution de la dot. Aussi les plus grands Romains de l'époque Républicaine ne se faisaient faute d'user du divorce et pour les motifs les plus futiles : Scipion Emilien, parce qu'il n'avait pas besoin de dire où sa chaussure le gênait. Cicéron parce qu'après de longues années il s'était aperçu que sa femme Terentia s'était conduite en ménagère négligente de ses comptes ; il se remarie et quitte sa nouvelle femme qui ne peut s'entendre avec Tullia son enfant préféré. On en était arrivé à ce point que les mariages devenaient plus rares et qu'on recommandait le célibat comme une sagesse (1).

Passons maintenant à la question de la restitution de la dot. Tant que le divorce ne fut qu'à l'état d'exception, dans les quatre ou cinq premiers siècles de Rome, la question de la restitution de la dot ne s'était pas posée. Du jour où entré dans les mœurs, il devint, selon l'énergique expression de Tertullien « comme un fruit du ma-

(1) PLAUTE. — *Miles gloriosus*... acte III. Sc. 1^{re}.

riage », il fallut se préoccuper de la situation de la femme. Le père de la femme ne devait pas être disposé à perdre ainsi des biens qu'il avait donnés pour les charges d'un mariage qui souvent était rompu peu de temps après sa conclusion. S'il voulait remarier sa fille, il était dans l'obligation de la doter et cette façon gratuite de s'enrichir pour les *paterfamilias* des maris, pouvait lui devenir onéreuse.

Sur les origines de la restitution de la dot nous sommes en présence de deux systèmes bien différents. Selon une première doctrine, la restitution se serait faite toujours avec le concours d'un arbitre qui décidait avec les pouvoirs les plus étendus (1) la portion de la dot à restituer. Selon une deuxième doctrine qui nous paraît meilleure (2), la dot n'était pas restituable à l'origine : « *Dotis causa perpetua est* ». Ce fut l'ingéniosité des intéressés, c'est-à-dire du *paterfamilias* de la femme, qui mit fin à ce principe absolu. Pour astreindre le père du mari à la restitution, on greffa sur l'acquisition de la dot une obligation contractuelle. Le chef de famille de la femme prenait ses précautions, il interrogeait le *paterfamilias* dans la forme de la stipulation et lui demandait de s'engager à la res-

(1) M. CUQ. — *Institutions*, I, *Ancien Droit*.

(2) M. GIRARD. — *Manuel*.

titution en cas de rupture du mariage. Ce fut la création de la *cautio rei uxoriæ*. En cas de dissolution le père de la femme avait l'action dérivant de la stipulation. Quant à l'objet de la restitution nous trouvons encore ici une divergence de vues parmi les interprètes du Droit Romain. Les uns prétendent que la portion de la dot restituable était indéterminée. L'arbitre décidait, suivant des cas laissés à son appréciation (culpabilité de la femme, torts légers, fautes du mari). On se fonde sur un passage de Boèce. Mais cette opinion se heurte à des objections sérieuses. « Elle est peu conforme, dit M. Girard, aux habitudes de l'ancien droit où les contrats ont plutôt un caractère précis, de faire naître une obligation ayant un objet certain, de préférence en argent. Elle force ensuite à admettre qu'après la stipulation la plus ancienne produisant une créance à peu près identique à la créance née de l'action *rei uxoriæ*, on aurait inventé une seconde stipulation de restitution. »

... Il est plus vraisemblable que dans sa description de l'ancienne action *rei uxoriæ*, l'auteur copié par Boèce a simplement décalqué l'action *rei uxoriæ* par suite d'une conjecture fausse et que le contrat verbal de restitution a été primitivement celui plus rigoureux et plus correct qu'on rencontre en droit classique. Selon cette doctrine,

que nous adoptons la dot avait un objet certain, la stipulation pouvait viser dans une formule générale tous les cas de dissolution. *Ut quoque modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur* (1). Comme elle pouvait ne prévoir que le divorce.

Ce système avait un grave inconvénient ; le père de la femme avait pu ne pas avoir la prudence de se ménager la ressource de l'action contractuelle. Avait-il un moyen légal ? Ce n'est que vers la fin de la République, que l'autorité publique intervint pour créer un recours normal. Ce fut l'action *rei uxoriæ*. La date d'apparition de cette action dans la pratique est difficile à préciser. Elle semble bien être de création prétorienne et par conséquent postérieure à la loi *Æbutia*, et antérieure aux commencements de l'Empire (2). Cette action ne figure pas dans les textes de Justinien, ni dans les commentaires de Gaius, elle est classée parmi les actions *in æquum et bonum conceptæ* (3). Le juge y a donc des pouvoirs très grands et peut accorder au *paterfamilias* des *retentiones* ; par exemple *propter liberos*,

(1) (Liv. XII. T. IV. L. 6 au Digeste).

(2) Certains auteurs la font remonter au VI^e siècle.

(3) Elle ne figure pas dans l'énumération des actions de bonne foi de Q. MUCIUS SCÆVOLA. (M. ESMEIN. — *Nouvelle Revue Historique*, 1893).

propter mores, propter res donatas, propter res amotas. Si la dot consiste en des choses *quæ pondere, numero, mensurave constant* (denrées, argent), le père du mari avait un délai pour se libérer, *annua, bima, trima die*, en en fournissant un tiers chaque année. Enfin il pouvait faire valoir le bénéfice de compétence, en cas d'insolvabilité, et évitait par suite l'emprisonnement pour défaut d'exécution.

Pour mieux garantir la restitution de la dot, on avait accordé au *paterfamilias* de la femme un *privilegium inter personales actiones*, qui le faisait passer avant tous les créanciers chirographaires.

Demandons-nous, pour terminer, quelles étaient les conditions d'exercice de notre action ? A l'origine il fallait que le mariage soit dissous par le divorce ; *defuncta muliere, dos lucro marito adit*. Plus tard le père de la femme put exercer l'action à la mort de sa fille et Pomponius nous en donne la raison dans un texte célèbre et souvent cité : *ne et filiæ amissæ et pecunia damnum sentiret*. Passage qu'on a traduit un peu librement de la façon suivante : « afin que, s'il eut la douleur de perdre sa fille, il eut au moins la consolation de retrouver son argent (1) ».

(1) (Loi 6. Pr. Digeste, 23, 3).

Que peut-on dégager juridiquement de toutes ces règles? Toute cette histoire du mariage *sine manu* sous la République pourrait être appelée « de l'histoire des combinaisons prévoyantes des *patresfamilias* ». Les quelques réformes que nous avons signalées ne concerne que leurs biens, et le moyen de les recouvrer. On dit bien, mais c'est l'intérêt de leurs enfants, le texte de Pomponius n'est que de la prévoyance paternelle pour les autres héritiers. Enfin nous voyons d'un côté un système fortement organisé déjà pour la dot, sa constitution, *sa sanction*, une garantie (*le privilegium dotis*), d'autre part rien comme règles morales dans le mariage. Le droit des *patresfamilias* est comme un obstacle que l'on trouve à chaque pas. C'est l'assise de l'édifice. Nous allons poursuivre notre étude à travers l'Empire, en décrivant les institutions qui peuvent intéresser notre sujet, nous verrons si la législation impériale a pu donner à la coutume familiale des notions plus justes du mariage.

SECTION IV

Réformes de la législation impériale.

a) *Haut-Empire.*

Les dernières années de la République furent déjà fertiles en résultats désastreux pour les sentiments religieux et la vertu publique. Le droit privé subit son influence dans une large mesure sur tout ce qui réglait les droits de famille. Le dédain croissant du lien conjugal est un des traits remarquables de cette période et une des préoccupations qui tourmentèrent le plus Auguste. Nous n'avons ici ni à étudier, ni à faire une appréciation des célèbres lois caducaires, mais nous pouvons dire qu'elles furent peu appréciées par les esprits judicieux (1) et furent peu fertiles en bons résultats. Nous allons rechercher parmi ces

(1) En particulier par Tacite.

nombreuses dispositions impériales ce qui intéresse notre sujet.

Nous avons vu que dans l'ancien droit Romain le consentement légal pour le mariage était celui des *patresfamilias*, nous avons à parler ici d'une réforme importante créée par la loi Julia. Elle consista à permettre aux enfants dont les parents refuseraient le consentement au mariage d'en appeler devant le magistrat qui a désormais les pouvoirs nécessaires pour briser un refus injustifié. Cette réforme se trouve au Digeste, loi 19, *de Ritu Nuptiarum*. « *Capite trigesimo quinto legis Juliæ, qui liberos, quos habent in potestate injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere per proconsules præsidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare.* » Lisons encore la loi 24 au même titre : « *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.* » Il se dégage de ces textes une innovation remarquable. D'abord le mariage conclu primitivement par les parents pour le compte de leurs enfants est devenu un mariage conclu par les enfants avec l'autorisation de leurs parents. Ensuite, le magistrat peut briser le refus injustifié des *patres*.

Allons-nous en déduire cette conséquence que le droit Romain s'est transformé à ce point de vue ? Le consentement exigé par les parents est-

il désormais une mesure de protection pour l'enfant destinée seulement à le prémunir des entraînements que pourrait subir son inexpérience ? La *patria potestas* deviendrait-elle cette institution qui a pour limites comme pour but, l'intérêt de l'enfant ? Nous ne le pensons pas. Ce changement n'a aucun rapport avec notre consentement moderne. Les effets en ont été excellents, mais le but que poursuivait l'empereur n'a pas été si grand. Il voulait avant tout favoriser le mariage, il s'attaqua alors à toutes les institutions, qui pouvaient le servir dans ses intentions : le testament, les donations, le divorce, le mariage. Les Enfants pouvaient être arrêtés dans un projet d'union par la cupidité ou la mésintelligence des *patres*, donc le magistrat pourra lever cet obstacle. Dans l'esprit d'Auguste, cette mesure est un expédient. Il ne veut pas porter d'une façon générale atteinte à la *potestas*, elle garde bien encore sa physionomie. S'il était entré quelques considérations de protection, le consentement exigé aurait été celui des parents de l'enfant. N'est-ce pas le père ou la mère qui était le mieux à même de savoir l'intérêt de l'enfant. Mais c'est toujours le chef de famille qui décide. Ce peut être un aïeul ou un père adoptif, c'est de son refus seul qu'on doit appeler devant le magistrat.

Cette réforme était insuffisante, l'enfant qui n'a rien en propre pouvait difficilement se marier, la dot surtout était indispensable pour la femme. Ne pas contraindre le *paterfamilias* à doter sa fille, c'était lui donner moralement plein pouvoir sur la formation du mariage. Ce ne fut qu'une constitution impériale de Sévère et Antonin Caracalla qui vint combler cette lacune (1). *Qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, dotare coguntur*. L'Enfant pourra en appeler à Rome devant le consul et dans les provinces devant le président de la province.

Nous devons encore mentionner une réforme qu'on peut apercevoir au commencement d'une constitution de Sévère et Caracalla (2); mais qui ne fut réellement organisée qu'au iv^e siècle au Code Théodosien (3). Nous supposons une femme *sui juris* ; la tutelle des femmes a disparu, la femme pourrait donc se marier à son gré, on l'oblige pour se marier (et ici il y a une pensée évidente de protection) de requérir jusqu'à 25 ans, le consentement de certaines personnes : En première ligne, son père (il faut bien entendu ima-

(1) (Loi 19, *de Ritu Nuptiarum*. Loi 23. Titre II) au *Digeste*.

(2) Code loi 1, *de Nuptiis*. Loi 5, t. IV.

(3) Code Theodosien 3, 7, *de Nupt.*, I).

giner qu'elle a été émancipée) ; à défaut du père à la mère et à son défaut à d'autres proches. Il y a là une marche intéressante à constater, elle nous montre que l'idée de protection se rencontre par exception à Rome ; cette idée du reste se développera beaucoup dans les mœurs du Bas-Empire sous l'influence des prédications.

Nous allons supposer le mariage contracté. Auguste ou ses successeurs ont-ils cherché des moyens pour rendre le mariage plus solide et plus durable ? Toute une législation des *justæ nuptiæ* était à créer. Il eut été utile de proclamer certains principes comme la solennité de l'union conjugale, des systèmes de preuves déterminées, enfin de créer pendant l'union une indépendance plus complète pour les époux. Au point de vue de l'union des personnes dans le mariage, Auguste ni ses successeurs n'ont formulé ces règles qu'il eut été si utile d'édicter. Il ne suffit pas de favoriser les *justæ nuptiæ* en facilitant la création du lien conjugal, il faut encore en dehors des sentiments personnels des mobiles généraux qui lui donnent des garanties pour subsister. Frapper le *cœlebs*, le *pater solitarius*, le ménage sans enfants, c'était faire appel aux passions mesquines et c'était aussi une mesure trop peu générale. Les personnes qui doivent s'enrichir par le testament

sont plutôt l'exception et ce n'est pas ainsi qu'on peut fortifier l'union. « On se mariait non pour avoir des héritiers, mais pour avoir des héritages (1). » Les dispositions du Haut-Empire qui peuvent nous intéresser se rapportent aux biens. L'une a trait à la dot et l'autre au pécule.

Avant Auguste, le *paterfamilias* du mari pouvait librement disposer de la dot, la question de la restitution seule se posait à la dissolution dans les termes que nous avons déjà examinés, mais la garantie accordée à la femme était un privilège qui l'exposait aux risques de l'insolvabilité du chef de famille. Pour mieux assurer la restitution de la dot, il convenait de restreindre les pouvoirs du *paterfamilias* et Paul nous en donne la raison (2) : « *Reipublicæ interest mulierum dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.* » Avec la fréquence des divorces, c'était un point essentiel. C'est la considération qui a conduit Auguste à faire voter la loi *Julia de fundo dotali* ou plutôt le chapitre relatif au fonds dotal de la loi *Julia de adulteriis* défendant au *paterfamilias* d'aliéner l'immeuble dotal italique sans le consentement de la femme.

(1) PLUTARQUE.

(2) PAUL. — Dig. Liv. 232., 3., De J. D. L. 2.

Le chef de famille n'a donc plus sur les biens dotaux les droits les plus absolus, il ne peut les aliéner et les hypothéquer. L'idée de l'importance immobilière apparaît ici avec cet ensemble de précautions fortifié par la prohibition de l'*intercessio* pour la femme (1). Le *paterfamilias* de la femme voit aussi ses droits diminuer quant à la restitution de la dot. Il ne peut plus agir en restitution sans le consentement de sa fille. Elle a un droit propre et indépendant. L'action appartient au père, mais « *adjuncta filix personæ*, » nous dit Ulpien (2) à moins qu'il ait stipulé la restitution en cas de divorce, auquel cas il agit seul.

Passons à la seconde disposition, elle est relative au pécule. Le fils de famille acquérait toujours pour son père, il ne pouvait devenir propriétaire tant qu'il était *alieni juris*. On admit dès le commencement de l'Empire que certaines acquisitions lui profiteraient et le premier pas qu'on fit dans cette nouvelle voie fut faite pour le fils militaire. Les biens que le fils acquiert au service militaire sont soustraits aux pouvoirs du père. Il peut les garder et en disposer à son gré par donation ou

(1) *Sénatus-consulte Velleien.*

(2) ULP. — Reg. (6, 6).

testament (1). Il a sur ces biens les pouvoirs les plus grands, il est *vice patrisfamilias* par rapport à eux. A sa mort le père ne les recueillera qu'à défaut de testament, et il ne les prendra pas *jure hereditaris* mais *jure peculii* (2).

Le Droit de l'enfant ne subit aucune transformation sous Auguste, aucun lien juridique ne l'attache à la mère, il n'entre dans la famille que par un acte volontaire du chef et il est toujours soumis à sa domination arbitraire. Auguste n'a pas vu que pour fortifier le mariage, le moyen le plus puissant était de créer des liens qui attachent la mère à l'enfant, de lui donner des prérogatives, de formuler un droit qui n'existait pas encore pour elle. Elle avait la charge de la maternité sans en avoir les douceurs, elle n'avait aucun intérêt à la grandeur et à la prospérité d'une famille à laquelle elle n'appartenait presque jamais (3).

Une des réformes les plus importantes d'Auguste

(1) S'il est encore au service; depuis Hadrien il peut toujours en disposer.

(2) ULPÏEN. (D. h. 1, 11).

(3) Le mariage *cum manu* n'existait presque plus dans la pratique, sauf pour les flamines de Jupiter, de Mars et de Quirinus qui devaient se marier *farreo*.

et qui nous intéresse particulièrement est la répression de l'adultère. D'après la vieille coutume, le chef de famille avait mission de punir la femme coupable, l'adultère de la femme était jugée par le tribunal domestique qui prononçait contre elle une sentence sans appel, mais où était dorénavant cette forte organisation ancienne avec les croyances disparues pour faire place au scepticisme ! A mesure que l'Etat s'affermait, que Rome s'agrandit après les belles victoires de la République, l'autorité de la famille s'ébranle, le droit entre progressivement dans la *domus* et retire aux *patres familias* leurs anciennes prérogatives. Nous en voyons ici une preuve frappante. Ce qui préoccupe maintenant le législateur c'est l'avilissement des caractères, le Romain de l'époque d'Auguste amolli dans les plaisirs n'est plus sensible à la honte, il n'a plus d'honneur. Aussi a-t-on peur des lâches compromis. On n'a plus confiance dans la juridiction domestique. La répression de l'adultère est rendue au droit pénal public. Dans la loi *Julia* l'adultère de la femme seul est prévu et réglementé. Le mari ne doit de compte à personne, sa mauvaise conduite est une faute morale dont la femme n'a pas le droit de tirer vengeance. Le vieux Caton le disait déjà : « Es-tu adultère, ta femme n'oserait te toucher du bout du doigt. *Illa*

te, si adulterarer, digito non auderet contingere, nec jus est (1).

Nous allons supposer le mariage *sine manu* qui est l'hypothèse habituelle et nous allons voir les conséquences de l'adultère de la femme. Le *paterfamilias* n'a pas le *jus occidendi*, son seul droit est la répudiation de la femme, elle n'est pas sous sa puissance. Il ne doit pas garder sous son toit une personne souillée, *retinet uxorem et dimittit adulterum*, s'il enfreint cette prescription, il est responsable pénalement. Le censeur a ici un rôle marqué. Il doit rappeler à ses devoirs le *paterfamilias* qui ne chasse pas l'épouse coupable. La femme est désormais condamnée à un célibat perpétuel, car elle ne peut plus convoler en *justæ nuptiæ*. Si même un nouvel époux s'était uni à elle avant la condamnation, il doit la répudier. Le concubinat seul est possible pour elle. N'était-ce pas ici sacrifier la liberté individuelle pour une soi-disant idée morale que nous ne saisissons pas bien. On craignait, nous l'avons dit, les compromis honteux, mais nous n'admettons pas cette manière de les éviter. Nous préférons, avec ses inconvénients, la liberté de l'individu en cette matière. La loi du pardon au-

(1) AULU GELLE. — (*Nuits Attiques*. X, 23, 5.)

rait pu, en pareille occurrence, se poser exceptionnellement pour le mari ; si telle était sa volonté, il faut avouer qu'il était meilleur juge que tout autre, mais cette question ne pouvait pas être discutée, la loi était formelle. Nous préférons le système de la législation canonique, qui après un temps d'épreuves pour la femme laisse au mari le choix de la reprendre. C'est plus rationnel. Avant la loi *Julia*, le père seul pouvait accuser la femme comme il pouvait la condamner ; désormais, la procédure est accusatoire, tout citoyen peut accuser, c'est une conséquence de l'obligation pour le père de chasser l'épouse coupable. Cependant pour que l'accusation puisse se former, il faut que la femme ait été répudiée, et pendant les 60 jours qui suivent cette répudiation, le père de la femme et le mari ont seuls le pouvoir d'accuser (1), l'accusation ne devient donc publique que 60 jours après la répudiation. Mais, objecte-t-on, si le père ne répudie pas la femme coupable, l'accusation publique est alors paralysée ? En ce cas, les accusateurs devaient le dénoncer au censeur qui mettait le père en demeure de répudier l'épouse. Les *calumniatores*, c'est-à-dire ceux qui avaient échoué dans l'accusation étaient

(1) *Jure mariti aut patris.*

punis ; cependant, si c'était le père ou le mari qui avaient accusé à tort, on se demande s'ils subissaient les peines édictées contre les *calumniatores* (1). Il y a controverse sur ce point. Une opinion intermédiaire entre la négative et l'affirmative exige la preuve de la mauvaise foi du *pater* ou du mari, condition qui n'est pas exigée chez les accusateurs. Le père et le mari pouvaient seuls aussi mettre les esclaves de la femme à la torture. Nous avons dit plus haut que le père du mari n'avait pas le *jus occidendi* sur la femme, elle n'est plus sous sa puissance, ce droit appartient seulement à son chef de famille.

Si nous supposons la femme *in manu mariti*, avant notre loi le *paterfamilias* du mari avait seul ce droit de vie et de mort sur la femme. Mais une disposition curieuse innove sur ce point dans les termes suivants : *Secundo capite permittit patri, si in filia sua quam in potestate habet, aut in ea quæ eo auctore, cum in potestate esset vero in manum conveniret, adulterum deprehenderit, ut is pater adulterum sine fraude occidat ita ut filiam in continenti occidat*. Si le *paterfamilias* tuait la femme coupable, il serait respon-

(1) (Marque de la lettre k au fer rouge sur le bras). M. Esmein. *Mélanges d'histoire du Droit*.

sable d'un meurtre, dont la peine est prévue par la loi *Cornelia de Sicariis* (1). Le mari n'a pas le *jus occidendi*, la loi craint qu'il cède à un sentiment de vengeance, le père de la femme ne saura que punir. Un des chapitres remarquables de notre loi nous présente le cas où le père a surpris les coupables en flagrant délit dans la maison de son gendre ou dans la sienne. Il a ici le droit de tuer le complice, mais il est punissable s'il tue le complice et épargne sa fille. Il y a là une disposition curieuse, édictée dans un but évident de protection pour le complice. Et ce qui montre l'intérêt pratique que devait présenter la question, c'est que les jurisconsultes classiques se demandaient si le père était punissable, s'il avait tué le complice et seulement blessé sa fille. Le mari avait droit de tuer le complice, mais la femme devait être répudiée.

Auguste ne s'est pas attaqué à la dissolution de l'union, il n'a rien fait pour enrayer les effets désastreux d'une répudiation faite par caprice. Il n'a pas vu une anomalie extraordinaire qu'il laissait non prévue par la loi. Nous avons dit en effet que les enfants pouvaient briser le refus injuste de leur *paterfamilias* en allant devant le magistrat,

(1) Loi 25 (24) pr.)

l'empereur aurait donc dû rationnellement empêcher les chefs de famille de briser à leur volonté une union ainsi contractée. Et pourtant sur ce point nous n'avons aucune réforme à constater. Comme par le passé la volonté d'un des *patres* est absolue, ils avaient donc un moyen bien simple sinon d'empêcher tout au moins de ne pas laisser subsister un mariage qui ne leur convenait pas.

Ce n'est que sous les Antonins qu'on protégea les *justæ nuptiæ* contre les effets de la *patria potestas*. La réforme nous est présentée par Ulpien en ces termes (1) : *Si quis filiam suam, quæ mihi nupta sit, velit abducere, vel exhiberi sibi desideret : an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere ? Et certo jure utimur ne bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis surbentur : quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat*. Ce texte nous donne le jeu de procédure par lequel le mari peut empêcher le père de reprendre sa fille à son gré. A l'interdit le mari pourra opposer une exception. A l'inverse si le père retient sa fille le mari a un interdit pour briser la résistance du père et faire

(1) (DIG. L. 43 9.30 de ld. exhil L. 1 § 5).

revenir sa femme sous le toit conjugal. L'antique *potestas* s'ébranle, la situation des époux commence à être plus indépendante, la femme désormais dépendra plus de son mari. Toutefois remarquons que le mari ne peut pas obliger sa femme à demeurer avec lui. L'interdit ne servirait qu'à briser le refus du père mais la résistance de la femme n'a qu'une solution naturelle, le divorce. La réforme importante que nous venons d'analyser est attribuée à Antonin le Pieux par Paul et à Marc-Aurèle par Dioclétien elle apparaît dans notre texte d'Ulpien (1), mais est énumérée d'une façon très nette dans Hermogénien. Résumons les réformes principales du Haut Empire. Elles sont un progrès réel sur la période antérieure, mais elles ne visent que la formation et la dissolution du mariage. Les époux ont désormais une indépendance complète sur ce point sauf le cas d'adultère que nous avons étudié : Pendant l'union conjugale, la *patria potestas* subsiste mais bien moins rigoureuse que dans l'ancien droit par suite d'abord de la réforme d'Antonin et de la suppression du droit de vie et de mort supprimé par Alexandre Sévère. Les biens de la femme sont sauvegardés contre l'insolvabilité du père, du mari par le principe de l'inaliénabilité ; le droit

(1) M. GIRARD. — *Manuel*.

de la mère se dessine avec le *senatus-consulte Orphitien*, il va subir bien d'autres transformations dans le Bas-Empire. En définitive la *patria-potestas* subsiste, mais elle est bien diminuée par les atténuations successives que nous avons examinées. Poursuivons notre étude dans le Bas-Empire, nous rechercherons si des réformes plus complètes vont affranchir réellement les enfants pendant le mariage de la domination encore pesante des *patres-familias*.

b). *Le Bas-Empire.*

Ce serait une erreur de croire que la Révolution religieuse qui porta sur le trône le premier empereur chrétien eut pour conséquence d'opérer une refonte radicale dans les institutions existantes. « Avant de s'attaquer aux institutions, il faut convertir les cœurs (1).

Pendant cette période qui s'étend du commencement du iv^e siècle jusqu'à Justinien, nous ne verrons que peu de changements radicaux sur le point qui nous intéresse, la *patria potestas subsistera* toujours avec cette théorie des *alieni juris*,

(1) *De l'influence du christianisme sur le droit Romain.* — TROPLONG.

mais des modifications importantes qui existent dans les mœurs, amèneront des atténuations tellement profondes dans la pratique que la *patria potestas* antique n'est déjà plus reconnaissable.

La vie commune est plus libre et plus indépendante grâce à l'émancipation qui est favorisée et devient commune dans la pratique. La Vente des enfants en puissance n'est plus qu'une fiction légale pour arriver à rendre l'enfant libre, à le faire *sui juris*. La Mancipation et l'abandon noxal sont supprimés par Constantin pour les filles et plus tard sous Justinien pour les fils. Les formes compliquées des trois ventes suivies d'affranchissements sont d'abord supprimées pour l'émancipation des absents qu'elle rendait impossible par Anastase en 502. Enfin Justinien reconnut comme procédé de droit commun une déclaration en justice qui était du reste pratiquée, semble-t-il, avant lui et qu'il ne fit que sanctionner (1). On exigeait pour l'émancipation du fils son consentement formel, mais afin de favoriser cette institution et engager les pères à en user, une constitution de Théodose leur permettait de garder un tiers des biens *adventices* de leur fils en toute propriété. Il y a là une preuve évidente

(1) BRUNS SACHAU. — *Römischer Rechtsbuch*, p. 183.

de la faveur attachée à l'émancipation et une manière indirecte d'atténuer la *patria potestas*. Dans certains cas aussi le magistrat pouvait obliger le père à émanciper son enfant, par exemple en cas de mauvais traitements, au cas où l'adrogé impubère prouve à sa puberté que l'adrogation est nuisible à ses intérêts, enfin lorsque le père a accepté une libéralité sous la condition qu'il émanciperait son enfant (1). L'émancipation du droit Romain depuis Constantin se traduit à peu près exclusivement par des avantages pour l'émancipé, aussi peut-elle comme les affranchissements être révoquée pour cause d'ingratitude (2). Depuis l'Edit du prêteur, l'enfant peut succéder à son père et venir en concours avec *les sui*, comme s'il n'était pas sorti de sa puissance. Sa succession était assurée à son père, s'il mourait sans enfants en vertu de ses droits de patronat. Constantin frappa encore l'omnipotence du *paterfamilias* en portant contre lui des peines lorsqu'il a des enfants hors mariage. Si dans son testament il les institue légataires, le montant de ces legs reviendra aux enfants légitimes.

Le *paterfamilias* ne compose plus sa famille à

(1) PAPINIEN (D. 37, 12, 5).

(2) (*Frag. du Vatican*, 248).

son gré ; depuis la lettre d'Antonin il se servait de l'adrogation pour faire entrer dans sa famille les enfants nés hors mariage, désormais le père ne peut plus porter ainsi préjudice à ses enfants légitimes en réparant ses désordres antérieurs, il lui faudrait recourir à la légitimation par mariage subséquent ! La *Patria potestas* s'ébranle fortement sous l'influence des idées nouvelles, mais attachés à cette institution les Romains ne la feront jamais disparaître complètement. Ainsi c'est le chef de famille et non leur père qui peut seul émanciper ses petits enfants. Cependant le droit s'humanise, des institutions regardées jadis comme naturelles sont flétries avec indignation. Nous citerons particulièrement l'affreuse coutume de l'exposition des enfants. C'est en ces termes que le précepteur de Crispus, fils de Constantin, flétrit le père qui sacrifie ainsi ses devoirs les plus naturels. « Quand même il arriverait que l'enfant exposé trouvât quelqu'un qui se chargeât de le nourrir, le père serait il moins coupable pour avoir ainsi livré son propre sang à la servitude et à la prostitution ». Les liens du sang sont constamment pris en considération, on rapproche ainsi davantage les père et mère des enfants au détriment de l'idée de *potestas*.

Constantin s'efforça de multiplier pour les en-

fants, l'occasion d'avoir des biens personnels. Le Haut-Empire avait accordé, nous l'avons dit, la pleine propriété et la libre disposition des biens acquis par le fils militaire, le Bas-Empire étendit ce privilège aux fonctionnaires, au clergé, et à une quantité d'emplois. Les biens acquis dans leurs fonctions constituaient un pécule (*pecule quasi castrense*) dont ils pouvaient disposer à leur gré (1). Mais la réforme la plus importante au point de vue des biens est la création par Constantin des *bona adventicia*. Depuis le sénatusconsulte rendu sous Marc-Aurèle, les enfants étaient héritiers légitimes de leur mère, mais à sa mort qu'allait-il arriver? Tout ce patrimoine allait régulièrement s'engloutir dans le patrimoine du chef de famille, Constantin décida que cette succession serait la propriété des enfants, que le père en aurait seulement, sa vie durant, l'administration et la jouissance. Mais remarquons-le, nous disons le père, il serait plus exact de dire le *paterfamilias*, c'est en effet le chef de famille qui administre les biens *adventices*, comme c'est lui qui prélèvera un tiers de ces biens en toute propriété, s'il émancipe un de ses petits-fils. Le principe de la *patria potestas* se retrouve encore à

(1) Constitution de 321.

chaque pas. Ces biens *adventices* constituent pour l'enfant un véritable patrimoine qui ne reviendra pas au père *jure peculii* au décès de l'enfant mais qui fera l'objet d'une succession *ab intestat*. Sous Justinien, l'enfant peut disposer de ces biens par testament. La loi s'est préoccupée d'assurer ce patrimoine intact à l'enfant, aussi décide-t-elle (1) que l'administration et la jouissance pourront en être enlevées au père dans certains cas, par exemple, mauvaise gestion, disposition expresse de l'auteur de la libéralité, en sens inverse renonciation expresse du père (2). L'enfant qui veut se plaindre doit saisir *extra ordinem* le magistrat qui statue.

La personnalité de l'*alieni juris* se dégage de plus en plus. Le droit de l'enfant avait apparu progressivement. Une disposition expresse de l'Edit lui avait donné l'action d'injures. Le tribunal centumviral lui avait assuré dans la succession du père un minimum que Justinien augmenta. Nous sommes loin de la dure règle des douze Tables, de l'« *uti legassit*, » du *paterfamilias*. Nous voyons au début d'une longue constitution de Théodose et Valentinien de 449 que le mariage ne

(1) NOVELLE 117, ch. I.

(2) M. GIRARD. — *Manuel*, p. 133.

doit être dissous que dans les cas absolument nécessaires dans l'intérêt des enfants. La *potestas* n'est plus qu'une ruine, un principe qui subsiste, mais dont la pratique et les mœurs se sont chargées de transformer l'antique rigueur.

CONCLUSION

Que conclure de cet ensemble d'institutions? Que penser de l'idée que les Romains se sont faits du mariage? Nous sommes de ceux qui admirent profondément le droit Romain. L'effort puissant des grandes écoles de jurisconsultes est arrivé à édifier sur presque toutes les matières importantes du droit, les obligations, la possession, la dot, une théorie d'ensemble d'une force qu'on a jamais dépassée. Mais il y a d'autres considérations qui entrent en jeu pour fonder une théorie pratique des droits de famille. L'étude attentive de la nature humaine y fait plus que de solides constructions juridiques. On peut plus difficilement pallier les inconvénients d'une législation primitive par des détours que dans les autres parties du droit, dans les obligations par exemple.

Aussi quels phénomènes rencontrons-nous dans le droit Romain? Tandis que l'ancienne rigueur du droit civil, arrive à être atténuée par les prêteurs et l'influence des grands juricon-

sultes, (créations d'interdits, d'actions, d'exceptions, de *restitutiones in integrum*), les droits de famille subsistent longtemps tels qu'ils existaient dans l'ancienne Rome. Les détours ne pouvaient ici créer que des améliorations lentes et peu profitables, il eût fallu une refonte perpétuelle par la suppression du système des *alieni juris*. Il n'y avait pas ici de moyen terme. Au lieu de s'attaquer aux passions pour favoriser le mariage, il eût été plus sage de le fortifier par des principes solides. Cette *patria potestas* conçue avec son caractère absolu et perpétuel peut être d'une construction savante, elle peut satisfaire le théoricien par ses formes simples et logiques dont on peut déduire des conséquences multiples, mais elle ne satisfait pas celui qui va plus au fond des choses et sait en discerner le caractère artificiel.

Beaucoup d'auteurs ont contesté ce que nous avançons ; ils louent avec une complète admiration le droit de la famille romaine. C'est pour eux ne rien comprendre à la législation de Rome que de la regarder comme une théorie dénaturée. Considérant d'une façon abstraite les droits de famille, Ihering n'hésite pas à les préférer à ceux des législations modernes : « Nos mœurs d'aujourd'hui, dit-il, paraîtraient inconvenantes à un Romain ancien, tout autant que nous répugneraient

les mœurs romaines. Que l'enfant puisse, dès sa naissance posséder un patrimoine propre, qu'il puisse être riche, tandis que son père est pauvre, que le fils puisse à son gré intenter un procès à son père aussi bien qu'à un tiers quelconque, que le père n'ait à sa disposition aucun moyen juridique pour ramener à la discipline, pour rappeler à l'ordre le fils devenu majeur, oublieux de ses devoirs et de son honneur, que pour obliger la femme à remplir ses devoirs, le juge doive venir au secours du mari, ce sont là des principes dans lesquels un Romain de l'époque antique n'aurait vu que des règles contre nature. »

Nous ne nions pas qu'il soit malheureux parfois d'être obligé de recourir au juge pour trancher une contestation qui serait mieux appréciée par un conseil de famille, qu'il puisse paraître choquant de voir un fils poursuivre son père comme il le ferait pour un étranger. Mais nous préférons le système qui respecte la liberté de l'individu, qui laisse la personne arrivée à une maturité d'esprit susceptible de discernement le soin de se diriger vers un but de son choix. Nous trouvons peu conformes aux données naturelles de voir un fils quelquefois vieux et père de famille sous la domination d'un chef. Nous ne pouvons trouver rationnelle une législation qui tient si peu

compte des liens du sang, qui laisse la femme étrangère à la famille ou sœur de ses enfants. « L'esclavage des enfants chez les Romains, dit Hegel (1) est une des taches de leur législation et la violation de la moralité dans les rapports les plus intimes et les plus tendres de la vie est d'une haute importance pour comprendre le caractère historique de ce peuple et son penchant au formalisme du droit. »

Ce n'est pas en perfectionnant les modes de constitution de la dot, ou en augmentant les garanties de restitution qu'on peut fonder un droit matrimonial. Les intérêts moraux doivent précéder et dominer les intérêts pécuniaires et c'est peut-être pour avoir méconnu ces principes que le droit Romain a eu si peu d'influence sur les origines de notre droit matrimonial français.

(1) NATURRECHT. — § 175.

Vu :

Le Président de la Thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON :

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

Saint-Amand (Cher). — Imprimerie DESTENAY, BUSSIÈRE Frères
